

# VUELTA A LOS HECHOS DE BANCARROTA: EL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDULENTE TRAS LA REFORMA DE 2015

PATRICIA FARALDO CABANA<sup>1</sup>

*Catedrática de Derecho Penal. Universidad de A Coruña. Adjunct Professor, Queensland University of Technology, Brisbane, Australia*

## RESUMEN

En este trabajo se analiza el delito de insolvencia fraudulenta, tal y como se configura tras la reforma de 2015. Las modificaciones introducidas son sustanciales. La nueva redacción se caracteriza, por una parte, por la combinación de un casuismo extremo en la descripción de las conductas típicas con el empleo de cláusulas pendientes de valoración que dificultan la delimitación del ámbito de lo punible; por otra, por el sorprendente castigo de la imprudencia; y en tercer lugar, por la práctica eliminación de la condición objetiva de punibilidad consistente en la necesidad de que se haya abierto el procedimiento concursal para poder perseguir el delito de insolvencia fraudulenta, que dotaba de sentido al precepto y permitía una correcta delimitación con el delito de alzamiento de bienes. Todo ello se combina con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya introducida para los delitos de insolvencias punibles en 2010. El resultado es una figura torturada de difícil aplicación.

**Palabras clave:** insolvencias punibles, hechos de bancarrota, responsabilidad penal de las personas jurídicas, reforma de 2015, Código penal.

## ABSTRACT

This paper analyses the offence of fraudulent bankruptcy, as set forth in the recent 2015 reform. The amendments introduced are substantial. The new text is characterised, partly, by the combination of extreme casuistry in the description of the conduct defined as criminal with the use of clauses pending assessment that make it difficult to define what is punishable; secondly, it includes the surprising punishment of recklessness; and thirdly, it all but eliminates the objective condition of punishability involving the need for bankruptcy proceedings to have been initiated in order to be able to prosecute the offence of fraudulent bankruptcy, which gave the precept purpose and allowed it to be properly distinguished from the offence of the concealment of assets. All of this is combined with the criminal liability of legal persons, already introduced for punishable offences of insolvency in 2010. The result is a disturbing legal concept that is difficult to apply.

**Keywords:** criminal insolvency offences, fraudulent bankruptcy, criminal liability of corporations, 2015 amendment, Spanish Penal Code.

<sup>1</sup> La realización de este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Protección penal de la inversión y del crédito público y privado», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2012-34302) y por la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia (EM 2012/076).

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL DEUDOR COMO SUJETO ACTIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
- III. EL EXTREMO CASUISMO EN LA DESCRIPCIÓN DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS: UNA VUELTA AL PASADO
  - 1. Fraudulencias patrimoniales
    - 1.1. *Ocultar, causar daños o destruir los bienes o elementos patrimoniales incluidos o que habrían de estar incluidos en la masa del concurso en el momento de su apertura (art. 259.1.1 CP)*
    - 1.2. *Realizar actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden relación con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial (art. 259.1.2 CP)*
    - 1.3. *Realizar operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica (art. 259.1.3 CP)*
    - 1.4. *Simular créditos de terceros o proceder al reconocimiento de créditos ficticios (art. 259.1.4 CP)*
    - 1.5. *Participar en negocios especulativos carentes de justificación económica y contrarios al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (art. 259.1.5 CP)*
  - 2. Fraudulencias documentales
    - 2.1. *Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, o cometer en su llevanza irregularidades relevantes, destrucción o alteración de libros contables (art. 259.1.6 CP)*
    - 2.2. *Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal (art. 259.1.7 CP)*
    - 2.3. *Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, incumplir el deber de formular el balance o inventario dentro de plazo (art. 259.1.8 CP)*
  - 3. La cláusula de cierre
  - 4. La imposición de la misma pena cuando mediante alguna de las conductas anteriores se cause la insolvencia
  - 5. El sorprendente castigo de la imprudencia
- IV. LOS SUBTIPOS AGRAVADOS POR LA ENTIDAD DEL PERJUICIO O POR LA PROPORCIÓN DE CRÉDITOS CONCURSALES DE TITULARIDAD DE LA HACIENDA PÚBLICA O LA SEGURIDAD SOCIAL
- V. LA LIMITACIÓN DE LA PERSEGUIBILIDAD A LOS CASOS EN QUE EL DEUDOR HAYA DEJADO DE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES EXIGIBLES O HAYA SIDO DECLARADO SU CONCURSO
- VI. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

El art. 260 del Código Penal en la versión original de 1995 recogió una nueva figura delictiva dentro de la familia de las insolvencias punibles: el delito de insolvencia fraudulenta<sup>2</sup>. La conducta típica coincidía, en principio, con la del tradicional delito de alzamiento de bienes, siendo el principal elemento diferenciador el que para poder perseguirla como insolvencia fraudulenta había de cometerse dentro del procedimiento concursal. Visto así, la necesidad de este delito fue cuestionada por un importante sector doctrinal, que entendía que la misma conducta podía castigarse a través del alzamiento de bienes, sin que el hecho de que la conducta tuviera lugar una vez declarado el concurso supusiese una diferencia cualitativa que justificase la distinta gravedad de las

2 Art. 260 CP, en la redacción original de 1995: «1. El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.  
2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.  
3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.  
4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal».

penas<sup>3</sup>. Sin embargo, teniendo en cuenta que la declaración judicial del concurso tiene graves efectos jurídicos tanto para los acreedores como para el deudor, cuyas facultades de administración y disposición sobre su patrimonio quedan como mínimo sometidas a la intervención de los administradores concursales, pudiendo llegar a suspenderse, podía afirmarse que existe una mayor necesidad de pena en este supuesto, ya que tales efectos están íntimamente vinculados al hecho injusto.

La aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) dio pie a una reforma puntual del art. 260 CP, con el fin de coordinar la regulación penal con la nueva normativa concursal. La modificación se limitó a sustituir la referencia a la declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos por la declaración del concurso, sin ir más allá.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no tocó la redacción del delito de insolvencia fraudulenta, pero sí introdujo un cambio importante al prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de insolvencias punibles en el nuevo art. 261 *bis* CP.

Pues bien, en 2015 se ha aprobado la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta Ley, entre otras reformas sustanciales, afecta profundamente a los delitos que hasta ahora se recogían bajo la rúbrica «De las insolvencias punibles». Los cambios se extienden desde la división del Capítulo VII del Título XIII del Libro II del Código Penal en dos, uno dedicado a la «Frustración de la ejecución» y otro, que se numera como VII *bis*, que mantiene la rúbrica «De las insolvencias punibles»<sup>4</sup>, a la desaparición del delito de insolvencia fraudulenta tal y como lo conocíamos, que se adelanta al art. 259 CP con una redacción completamente distinta<sup>5</sup>. Como veremos, la reforma no sigue la orientación doctrinal mayoritaria, que propugnaba la desaparición de este delito, sino que amplía su ámbito de aplicación con nuevas conductas que, en su día, habían sido expulsadas del Código Penal, y, lo que resulta todavía más llamativo, con la incriminación de la imprudencia.

3 Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001, págs. 213 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 129-130; MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 194; NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 23 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M./ POLAINO-ORTS, M., «Injusto penal e ilícito mercantil en las insolvencias a la luz de la nueva Ley Concursal: ¿autonomía o subordinación del Derecho Penal?», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo V*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 5037 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., «Las insolvencias punibles en el derecho penal español», en AA.VV., *Derecho penal económico*, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 496 y ss. Sobre esta cuestión vid. también MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito concursal punible, ¿una solución penal a un problema mercantil?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 35-41, desde una perspectiva muy crítica.

4 Cambio que el Preámbulo considera «una revisión técnica que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota» (apartado XVI).

5 Art. 259 CP tras la reforma de 2015: «1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realizare alguna de las siguientes conductas:

1ª Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2ª Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

3ª Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4ª Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.

5ª Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

El legislador ha justificado los cambios señalando que «la nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido» (apartado XVI del Preámbulo). Esta explicación es, como poco, sorprendente. Como veremos, la nueva redacción se caracteriza, por una parte, por la combinación de un casuismo extremo en la descripción de las conductas típicas con el empleo de cláusulas pendientes de valoración que dificultan la delimitación del ámbito de lo punible; por otra, por el castigo de la imprudencia; y en tercer lugar, por la práctica eliminación de la condición objetiva de punibilidad consistente en la necesidad de que se haya abierto el procedimiento concursal para poder perseguir el delito de insolvencia fraudulenta, que dotaba de sentido al precepto y permitía una correcta delimitación con el delito de alzamiento de bienes. Se mantiene, eso sí, la desvinculación de los procedimientos penal y concursal, pues el delito de insolvencia fraudulenta puede perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de éste<sup>6</sup>, con la única prevención de que «el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa» (art. 259.5 CP).

El objetivo de este trabajo es exponer de forma breve, pero detallada, cómo queda el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015. Me detendré en los aspectos novedosos, por lo que para cuestiones como el patrimonio como bien jurídico protegido<sup>7</sup> o el acreedor como sujeto pasivo<sup>8</sup> ha de bastar la remisión a otros

5ª Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

6ª Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7ª Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8ª Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

9ª Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

2. La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia.

3. Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

4. Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.

5. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

6. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal».

6 Esta declaración se ve ratificada por lo dispuesto en el art. 163.2 LC, según el cual «la calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito». No obstante, como veremos, la proximidad de los hechos de bancarrota previstos en el ámbito penal a los supuestos que permiten calificar el concurso como culpable hace que estas declaraciones tengan ahora menos sentido. Así lo apunta ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código Penal de 2012/2013», *La Ley Penal* núm. 105, 2013, pág. 64.

7 Se tutela el derecho de crédito basado en obligaciones de carácter público o privado, pudiéndose proteger, pues, tanto el patrimonio público, que es un bien jurídico colectivo, como un patrimonio de titularidad privada. Como veremos, no es necesario lesionar el derecho de crédito en los tipos básicos, configurando la causación o agravación de la insolvencia un tipo agravado por el resultado de peligro concreto para el patrimonio.

8 Sujeto pasivo es el acreedor, que es quien puede verse perjudicado por las maniobras fraudulentas del deudor.

escritos<sup>9</sup>. Sí que conviene realizar, no obstante, una breve aclaración sobre el deudor como sujeto activo de este delito, dada la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este sector de la delincuencia.

## II. EL DEUDOR COMO SUJETO ACTIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sujeto activo es el deudor, esto es, la persona física o jurídica que se encuentra en una situación de insolvencia real o inminente. Según la Ley Concursal, «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (art. 2.2 LC), mientras que «se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones» (art. 2.3 LC). Si pese a ello consigue finalmente cumplir regularmente sus obligaciones exigibles sin que se declare el concurso no será posible perseguir los delitos que nos ocupan (art. 259.4 CP). Apunta QUINTERO OLIVARES que la referencia a la situación de insolvencia debería sustituirse por el sobreseimiento general de todas las obligaciones<sup>10</sup>. Parece mejor a este respecto acudir a la Ley Concursal<sup>11</sup>, que permite la declaración del concurso necesario cuando se acredita no solo el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, sino también la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, y el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades (art. 2.4 LC).

En cualquier caso, por deudor hay que entender no solo el obligado principal, sino también los obligados subsidiarios y solidarios<sup>12</sup>: el avalista<sup>13</sup>, el fiador<sup>14</sup>, el responsable civil subsidiario por delito, etc. Cuando el deudor es una persona jurídica, el administrador de hecho o de derecho responde personalmente del delito cometido vía art. 31 CP. Ha de tenerse en cuenta aquí, además, que el art. 261 *bis* CP, introducido en la reforma de 2010, como he adelantado, señala la pena que corresponde imponer a la persona jurídica responsable de la comisión de alguno de los delitos comprendidos «en este Capítulo» (que tras la reforma es únicamente el VII *bis*, dedicado a los delitos de insolvencias punibles, sin abarcar los delitos de frustración de la ejecución, ahora regulados en otro Capítulo) en los términos previstos en el art. 31 *bis* CP, modificado al mismo tiempo para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas: pena de multa de duración variable según la pena de prisión prevista para el delito cometido por la persona física. Por lo que se refiere al delito de insolvencia fraudulenta conviene destacar que la duración máxima, multa de dos a cinco años, solo se alcanza en caso de apreciarse alguna de las circunstancias agravantes del art. 259 *bis* CP, siendo aplicable en los demás casos solo la duración media de la multa, uno a tres años. Los jueces y tribunales determinarán la extensión temporal de la multa que estimen conveniente dentro de los límites así establecidos y según las reglas del Capítulo II, «De la aplicación de las penas», del Título III (art. 50.5 CP), esto es, atendiendo al grado de injusto y de culpabilidad. Habrá que tener en cuenta, por ej., los grados de participación y ejecución del delito, las eximentes incompletas, las circunstancias agravantes y atenuantes. Por su parte, para las personas jurídicas la cuota diaria tiene un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros (art. 50.4 CP). Los Jueces y Tribunales fijarán en la sentencia el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patri-

9 Señaladamente FARALDO CABANA, P., «Artículos 257 a 261 *bis*», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 990-1010.

10 QUINTERO OLIVARES, G., «Insolvencias punibles», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 734.

11 Cfr. SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «Insolvencias punibles», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 742.

12 Así, BACIGALUPO SAGGESE, S., «Insolvencia y Derecho penal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm.13, 2010, pág. 129; BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 380; SOUTO GARCÍA, E. M., *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 289; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 731.

13 Cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Colex, Madrid, 1997, pág. 55; también *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo Derecho concursal. Aspectos penales y civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, *pássim*; y las SSTs de 19 de enero de 1991 y de 19 de mayo de 2000.

14 SSTs de 27 de octubre de 1988 y 30 de abril de 2003.

monio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo, una forma de expresarse evidentemente pensada para las personas físicas. Si el importe final resulta excesivo en relación con la gravedad de los hechos se debe modular el importe de las penas de multa impuestas tanto a la persona jurídica como a la persona física (art. 31 *ter* 1 CP). No tiene mucho sentido esta suerte de compensación de las respectivas cuantías, pues está apuntando hacia una cierta responsabilidad compartida entre la persona física y la jurídica que no encaja bien con la tajante separación que se establece en el primer inciso del art. 31 *bis* CP.

Además, tratándose de insolvencia fraudulenta, resulta llamativo que se imponga una pena pecuniaria a una persona jurídica que se encuentra pasando dificultades económicas, hasta el punto de incurrir en la comisión del delito que nos ocupa para tratar de evitar el pago de las deudas a los acreedores. El art. 33.7 CP contiene un catálogo con penas más adecuadas que la aquí prevista<sup>15</sup>, pues lo más razonable es pensar que va a resultar difícil cobrar esta multa, que en cualquier caso no hará sino agravar la situación de crisis económica en que se encuentra la empresa. Obsérvese, sin embargo, que la pena de multa es de imposición obligatoria («impondrán»), mientras que las demás penas son potestativas («podrán imponer»). Además, la función principal de estas penas es preventivo-especial, esto es, la contención de una específica peligrosidad subjetiva de la persona jurídica, como se desprende de las reglas específicas para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP, todas menos la multa (art. 66 *bis* 1.ª CP). Esto significa que para la imposición de estas penas a las personas jurídicas se requiere no solo la comisión del hecho imputable a la persona jurídica sino, además, la concurrencia de unos requisitos adicionales de peligrosidad subjetiva, pues el requisito fundamental es que la pena sea necesaria para prevenir la continuidad delictiva.

Cuando en el momento de la condena la persona jurídica se encuentra en concurso de acreedores, o antes de la ejecución de la pena se declara en concurso de acreedores, las posibilidades de cobro de la pena de multa impuesta dependen de la clasificación de los créditos en dicho procedimiento<sup>16</sup>. En efecto, de acuerdo con el art. 53.1 LC, «las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda». Pues bien, el tratamiento que corresponde dar a la multa impuesta por hechos anteriores a la fecha de declaración del concurso es el propio de los créditos subordinados (art. 92.4.º LC: «Son créditos subordinados: ...4.º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias»). Esto significa que «el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente cubiertos los créditos ordinarios» (art. 158.1 LC), que a su vez solo se pagan «una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados» (art. 157.1 LC), y «se realizará por el orden establecido en el art. 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número» (art. 158.2 LC). Por su parte, la multa impuesta por hechos posteriores a la fecha de declaración del concurso es siempre un crédito contra la masa, pues se trataría de una obligación de pago que deriva de la ley (art. 84.2.10.º LC). Ello significa que se paga antes de los demás créditos concursales, «con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial» (art. 154 LC). Esta clasificación de la multa penal como crédito contra la masa supone un perjuicio importante para los demás acreedores, que ven su crédito pospuesto, sufriendo indirectamente

15 Vid. FARALDO CABANA, P., «¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?», en CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA/ PÉREZ MACHÍO, A. I. (Dirs.), *Armonización penal en Europa*, IVAP, San Sebastián, 2013, págs. 77 y ss.

16 Hay quien no distingue, señalando simplemente que «la multa impuesta a la persona jurídica debe integrarse en la masa pasiva del concurso como un crédito subrogado» (se entiende subordinado). ROCA AGAPITO, L./ SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «Insolvencias punibles», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 240. También hay quien distingue no por la fecha de los hechos y de la declaración del concurso, como se hace aquí, sino según si la sentencia firme de condena es anterior o posterior a la fecha de la declaración del concurso, afirmando que si la sentencia firme de condena es anterior el crédito es subordinado, según se ha indicado antes, pero si es posterior a la declaración del concurso la multa se considera un crédito contra la masa, pues se trataría de una obligación de pago que deriva de la ley (art. 84.2.10º LC). Cfr. LEONES VALVERDE, R., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas declaradas en concurso», en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M./ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (Coords.), *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, *pássim*.

También respecto de las multas administrativas los tribunales han ido resolviendo atendiendo a la fecha del hecho al que una resolución administrativa posterior o una sentencia judicial anudan una consecuencia sancionadora. No parece razonable distinguir entre multas penales y administrativas a estos efectos, aunque hay que reconocer que la obligación de pagar la sanción solo nace con la ejecutividad de la resolución administrativa o la firmeza de la resolución judicial que la impone, por lo que sería más adecuado tener en cuenta la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria y no la de comisión de los hechos.

las consecuencias de la infracción cometida por la persona jurídica infractora sin haber hecho nada para merecerlo.

### III. EL EXTREMO CASUISMO EN LA DESCRIPCIÓN DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS: UNA VUELTA AL PASADO

El nuevo art. 259 CP recoge toda una serie de conductas contrarias a la diligencia que se ha de emplear en la gestión de los asuntos económicos, realizadas por quien se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente. El casuismo es extremo. De hecho, nos encontramos ante una lamentable revitalización de la lista de hechos que daban lugar a la calificación de la quiebra como fraudulenta o culpable en el Código de Comercio, antes de la derogación de los correspondientes preceptos por la Ley Concursal. En efecto, el art. 259.1 CP castiga lo que se conocía en su día como «hechos de bancarrota», que la doctrina dividía en fraudulencias patrimoniales, fraudulencias documentales y favorecimiento de acreedores<sup>17</sup>, clasificación que puede volver a emplearse ahora. Hay quien, benévolamente, considera que la pretensión del legislador ha sido «dotar la norma de un grado de seguridad jurídica ajustado a las exigencias del principio de legalidad»<sup>18</sup>. Puede que esa fuera la pretensión, pero desde luego no se ha materializado en la práctica. Como veremos, el empleo de elementos de difícil valoración no se ajusta precisamente a las exigencias del principio de legalidad. Además, en la descripción de las conductas típicas se emplea una enumeración *ad exemplum* que termina con una cláusula de cierre sumamente abierta, que abarca cualquier otra conducta activa u omisiva «que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial». Por último, se produce una indeseable superposición con los hechos que determinan la calificación del concurso como culpable en el procedimiento concursal, algo que en la redacción original del Código Penal de 1995 se trató de evitar<sup>19</sup>.

Analicemos los hechos de bancarrota.

#### 1. Fraudulencias patrimoniales

Se caracterizan por describir una serie de actuaciones que solo son punibles cuando no se ajusten al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y/o carezcan de justificación económica o empresarial, exigiéndose en algún caso como resultado la disminución del valor de los elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura. Como ya se ha indicado, resulta sorprendente tanta insistencia en la infracción de un deber de diligencia que no se establece legalmente en ningún lado para los deudores civiles, respecto de los cuales los contornos de dicho deber, más allá de genéricas proclamaciones de la obligación de comportarse con la diligencia de un buen padre de familia, coinciden con lo establecido en éste y otros preceptos del Código Penal, señaladamente el alzamiento de bienes, mientras que tratándose de deudores mercantiles hay ciertas pautas de conducta que pueden resultar de ayuda. Por otro lado, la referencia a la carencia de justificación económica o empresarial es una cláusula pendiente de valoración que deja al juez en las manos de los peritos, salvo que se entienda que equivale a la actuación «en perjuicio de los acreedores», en los términos que se aplican al delito de alzamiento de bienes. Esta es probablemente la mejor opción. De esta forma, lo que el juez debe determinar es si hay alguna explicación razonable para la conducta del deudor, pudiendo inferirse, en caso de no encontrarla, que solo se pretende defraudar a los acreedores.

17 Vid. por ej. VILADÀS JENÉ, C., *Los delitos de quiebra. Norma jurídica y realidad social*, Península, Barcelona, 1982, pág. 60; también habla de fraudulencias patrimoniales y documentales LANDROVE DÍAZ, G., *Las quiebras punibles*, Bosch, Barcelona, 1970, págs. 186 y ss. Vid. otra clasificación en BACIGALUPO ZAPATER, E., «Insolvencia y delito en el Proyecto de reformas del Código Penal de 2013», *La Ley* 2014, pág. 1463, que distingue entre: «a) acciones que determinan la disminución efectiva del patrimonio (núms. 1, 2, 3 y 4) o impliquen un riesgo de pérdidas patrimoniales económicamente injustificado (núm. 5); b) acciones que dificultan los fines del concurso futuro, especialmente por infringir las reglas contables u ocultar o destruir documentación relativa a la situación económica real del autor (núms. 6, 7 y 8); c) acciones que infringen el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (núm. 9)».

18 Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, S., «La reforma de los delitos de insolvencias punibles en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm.18, 2013, pág. 476.

19 Cfr. GONZÁLEZ PASTOR, C. P., «La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal», *La Ley Penal* núm. 3, 2004, pág. 9. De esta forma se vuelve a difuminar la frontera entre los ilícitos civiles y penales en materia concursal, como señala ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación», cit., pág. 62.

En las fraudulencias patrimoniales el objeto material está integrado por los bienes que pueden constituir la masa activa del concurso: los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, exceptuando aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables (art. 76 LC), con algunas prevenciones relativas a los bienes conyugales (arts. 77 y 78 LC) y de propiedad ajena (arts. 80 y 81 LC). Como se puede observar, la descripción de estos hechos de bancarrota coincide parcialmente con algunas de las causas que permiten calificar el concurso como culpable en la Ley Concursal (art. 264.2 LC)<sup>20</sup>.

*1.1. Ocultar, causar daños o destruir los bienes o elementos patrimoniales incluidos o que habrían de estar incluidos en la masa del concurso en el momento de su apertura (art. 259.1.1 CP)*

Las conductas de ocultación, daños y destrucción coinciden con las del alzamiento de bienes<sup>21</sup>, siendo lo relevante tanto en uno como en otro caso que permitan sustraer los bienes a las responsabilidades a que están sujetos. Por tanto, los bienes afectados deben desaparecer o sufrir una efectiva disminución de valor como consecuencia de la actuación del deudor. La enumeración de conductas da lugar a un tipo mixto alternativo.

Muchos supuestos encajan tanto aquí como en el nuevo delito de administración desleal, previsto en el art 252 CP. Este precepto castiga en su apartado 1.º a quien, «teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno... las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado».

*1.2. Realizar actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden relación con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial (art. 259.1.2 CP)*

Se castigan aquí la entrega de dinero o bienes y la asunción de deudas, esto es, actos de reducción del activo y aumento del pasivo que se convierten en punibles solo cuando carezcan de justificación, es decir, gastos excesivos y desproporcionados en relación con el patrimonio y los ingresos del deudor, cuando quepa inferir que su único propósito es perjudicar a los acreedores (en la modalidad dolosa) o que se deben a la negligencia en la administración (en la imprudente). Estamos ante conceptos cargados de relatividad. ¿Cuándo un gasto no guarda relación con la situación patrimonial o los ingresos del deudor? ¿Cuándo carece de justificación económica o empresarial? Se puede utilizar como pauta interpretativa el art. 71 LC<sup>22</sup>, el cual, al regular las acciones de reintegración, establece que «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º. Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2.º. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. 3.º. Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso». Se incluyen, pues, casos de anticipación de pagos, pero también habría que incluir pérdidas en juegos o apuestas y gastos personales dedicados al ocio, el mecenazgo o la ostentación. Una vez más nos encontramos ante comportamientos que pueden coincidir con los del alzamiento de bienes y la administración desleal.

20 Art. 264.2 LC: «En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

... 4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia».

21 Cfr. SOUTO GARCÍA, E. M., «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 812-814.

22 En este sentido, por ej., SOUTO GARCÍA, E. M., «Frustración», cit., pág. 815.



*1.3. Realizar operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica (art. 259.1.3 CP)*

De nuevo se trata de conductas que suponen una disminución del activo sin justificación económica, es decir, con el único propósito de defraudar a los acreedores. Coinciden con las conductas típicas del alzamiento de bienes y la administración desleal.

*1.4. Simular créditos de terceros o proceder al reconocimiento de créditos ficticios (art. 259.1.4 CP)*

Esta conducta supone un aumento ficticio del pasivo con el único fin de defraudar a los acreedores. Coincide con la conducta típica del alzamiento de bienes, pues se trata de hacer ver que se tienen deudas que en realidad carecen de causa, lo que da lugar a la reducción fraudulenta del activo. Su aparición se producirá frecuentemente en concurrencia con las falsedades documentales, planteándose los correspondientes concursos.

*1.5. Participar en negocios especulativos carentes de justificación económica y contrarios al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (art. 259.1.5 CP)*

¿Qué es un negocio especulativo? Según el Diccionario de la Lengua Española, «especulación» es la «operación comercial que se practica con mercancías, valores o efectos públicos, con ánimo de obtener lucro», es decir, equivale a la actividad empresarial. En economía, la especulación es el conjunto de actuaciones comerciales o financieras que tienen como fin la obtención de un beneficio financiero gracias a las fluctuaciones de los precios, es decir un tipo de inversión que no conlleva un compromiso con la gestión de los bienes en los que se invierte, pues se limita al movimiento de capitales, habitualmente a corto o medio plazo. Por ej., la negociación de productos derivados en mercados no regulados. Ahora bien, en sí mismos considerados, no hay razón alguna para criminalizar los negocios especulativos<sup>23</sup>. En el contexto de los delitos de insolvencias punibles hay que entender que se trata de negocios que comprometen el patrimonio del deudor en operaciones financieras «carentes de justificación económica» y «contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos», esto es, en las que el riesgo de un resultado perjudicial es tan elevado que resulta intolerable en el marco de una gestión diligente<sup>24</sup>. Si se causa el perjuicio este delito concurre con el de administración desleal.

## 2. Fraudulencias documentales

Este grupo de conductas se caracteriza por afectar a la contabilidad y demás documentación empresarial. Buena parte de las acciones coinciden con las de los delitos de falsedades contenidos en varios lugares del Código Penal (arts. 290 y 390 y ss. CP), suscitando los correspondientes problemas concursales. Además, también coinciden con algunas de las causas que permiten calificar el concurso como culpable de acuerdo con el art. 164.2 LC<sup>25</sup>. El elemento determinante de la punibilidad de la mayoría de estas conductas (no todas, como veremos) es que con ellas «se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera», «el examen o valoración de la situación económica real del deudor», esto es, que su comisión afecte al principio de imagen fiel que inspira las reglas de contabilidad: no se trata tanto de una mera corrección formal cuanto de la adecuación o correspondencia de los datos y cifras contables con la realidad patrimonial del

23 En este sentido, SOUTO GARCÍA, E. M., «Frustración», cit., pág. 816. Entiende que no debiera plantearse nunca que puedan llegar a tener justificación económica QUINTERO OLIVARES, G., «Insolvencias punibles», cit., pág. 734.

24 Coincidiendo así, parcialmente, con el concepto de negocio de riesgo, vid. FARALDO CABANA, P., «Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. XIX, 1996, pág. 172. En cualquier caso, tampoco es fácil determinar cuándo una determinada operación se puede considerar diligente, ordenada o racional en un momento determinado y un sector concreto del mercado, lo que hace que resulte muy difícil que el autor pueda fijar con la debida antelación y certeza si su conducta puede subsumirse o no en el tipo de injusto propio de esta figura delictiva, como denuncia GALÁN MUÑOZ, A., «Presente y futuro de las insolvencias punibles», en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 315.

25 Art. 164.2 LC: «En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos...».

deudor de acuerdo con un nivel de exigencia que no es el de la veracidad absoluta, sino simplemente una aproximación razonable a ella.

*2.1. Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, o cometer en su llevanza irregularidades relevantes, destrucción o alteración de libros contables (art. 259.1.6 CP)*

Estamos ante una descripción que coincide parcialmente con varios de los hechos que permiten la calificación del concurso como culpable (art. 164.2 LC). Tanto el deudor civil como el mercantil están obligados legalmente a llevar contabilidad, pero el alcance de esta obligación es distinto. El deudor civil está obligado a hacerlo con carácter general solo cuando es obligado tributario (art. 29.2 d) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en adelante LGT), y en otras situaciones concretas cuando lo establezca la legislación sectorial, por ej. en materia aduanera. El empresario, por su parte, está obligado a llevar contabilidad con carácter general (art. 25 y ss. CCom), además de cumplir otras obligaciones que establece la legislación sectorial. Tradicionalmente se ha criticado la equiparación entre no llevar la contabilidad, que puede obedecer a la mera ignorancia, y alterarla, que es inequívoca en cuanto demuestra un ánimo falsario, pero lo cierto es que en ambos casos se hace imposible o se dificulta gravemente obtener la imagen fiel del patrimonio del deudor<sup>26</sup>. Llevar doble contabilidad comprende los supuestos en que existe doble llevanza de documentos contables, pero también aquellos en los que se refleja una situación irreal de modo formal, ocultándose la real situación patrimonial, independientemente de la forma de documentación que se adopte para la llevanza de la contabilidad real encubierta. La conducta revela un ánimo defraudador, sobre todo respecto de las obligaciones tributarias. Por su parte, la comisión de irregularidades relevantes y la alteración de libros contables se han de interpretar de forma no limitada a las falsedades materiales, sino como la comisión de cualquiera de las modalidades de falsear recogidas en el art. 390.1 CP, incluida faltar a la verdad en la narración de los hechos, que de esta forma vuelve a ser punible para empresarios y particulares siempre que se encuentren en situación de insolvencia actual o inminente. La relevancia de la conducta se define por su consecuencia, pues ha de producir la imposibilidad o dificultad de comprender la situación patrimonial del deudor. La destrucción de los libros equivale a no llevarlos, pues ya no es posible deducir de ellos la imagen fiel del patrimonio del deudor.

*2.2. Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal (art. 259.1.7 CP)*

Se trata de una conducta que solo puede cometer el empresario, esto es, el deudor mercantil. La obligación de conservar «los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados», se extiende a seis años a contar desde el último asiento realizado en los libros (art. 30 CCom), salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales. Por ej., cuando se interrumpe la prescripción de las obligaciones tributarias puede ser necesario conservar los libros más allá del plazo de seis años, ya que el art. 70.2 LGT dispone que las obligaciones formales establecidas en el art. 29 LGT (entre ellas, la obligación de llevar y conservar libros de contabilidad y registros en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias propias o de terceros) siguen vigentes mientras no haya expirado el plazo de prescripción del tributo al que se refieran. El precepto recoge un tipo mixto alternativo que equipara tres conductas que, en sí mismas, tienen distinta significación penal. Alterar la documentación en los términos expresados, esto es, «cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor», puede constituir delito de falsedad en documento mercantil (si se realiza cualquiera de las conductas recogidas en los núms. 1 a 3 del art. 390 CP) o delito societario de falsedad en documentos sociales (art. 290 CP). Sin embargo, ni ocultar ni destruir son modalidades de acción propias de las falsedades (la segunda lo es de los daños). Eso sí, coinciden con las tipificadas en el art. 259.1.6 CP, que se refiere específicamente a la contabilidad, por lo que en el concurso aparente de leyes penales este último precepto es de aplicación preferente por especialidad.

<sup>26</sup> En este sentido ya se manifestaba la doctrina anterior al Código Penal de 1995. Cfr. por ej. LANDROVE DÍAZ, G., *Las quiebras punibles*, cit., págs. 190-191; VILADÀS JENÉ, C., *Los delitos de quiebra*, cit., págs. 62 y ss.

2.3. *Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, incumplir el deber de formular el balance o inventario dentro de plazo (art. 259.1.8 CP)*

Este apartado recoge el incumplimiento de obligaciones puramente formales, alguna de las cuales ni siquiera se considera relevante para calificar civilmente el concurso como culpable. El hecho de no seguir la normativa contable a la hora de llevar la contabilidad o de incumplir el deber de formular balances e inventarios en el plazo establecido solo adquiere relevancia desde el momento en que responde a una administración deficiente. Y en todo caso es necesario reinterpretar el precepto en el sentido de que tales incumplimientos produzcan el efecto de no poder obtener de la contabilidad la imagen fiel del patrimonio del deudor, pues de otra manera no se justifica su presencia en el Código Penal.

### 3. La cláusula de cierre

El art. 259.1.9 CP finaliza considerando insolvencia fraudulenta realizar cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial. Con esta cláusula de cierre, redactada en términos excesivamente amplios, se tipifican todas aquellas conductas que supongan una reducción del activo o un aumento del pasivo, o de otra manera impidan conocer la imagen fiel del patrimonio del deudor: desde los gastos personales excesivos y desproporcionados con su haber a las pérdidas injustificadas en juegos o apuestas, o en operaciones económicas arriesgadas, pasando por falsedades en documentos no contables que impidan conocer su situación económica real.

¿Son esos elementos, la infracción grave del deber de diligencia y sus consecuencias, aplicables a todas las conductas típicas recogidas en los números anteriores? El hecho de que para equiparar cualquier otra conducta a las anteriores se exijan estos elementos es claro indicio de que las conductas anteriores han de reunir también ese mínimo contenido de injusto<sup>27</sup>. De hecho, como hemos visto, en las fraudulencias documentales se exige expresamente que la conducta impida conocer la situación real del deudor. Y en lo que respecta a las fraudulencias patrimoniales se introduce así un elemento restrictivo que dota de un razonable contenido de injusto a alguna de las conductas que, de otro modo, estarían formuladas en términos excesivamente amplios, como realizar actos de disposición injustificables. Lo relevante a estos efectos no es que haya una justificación económica, sino que con la conducta se disminuya el patrimonio del deudor y, por tanto, la garantía de cobro de los acreedores. En otro caso carece de importancia.

### 4. La imposición de la misma pena cuando mediante alguna de las conductas anteriores se cause la insolvencia

De acuerdo con el art. 259.2 CP, se aplica la misma pena cuando las conductas típicas a que hace referencia el apartado anterior producen el efecto de «causar la situación de insolvencia», lo que da lugar a una obstaculización del cobro de las deudas en el momento oportuno, que es el resultado material del delito. Ahora bien, el sujeto activo se describe como «quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente», realice alguna de las conductas que a continuación se describen, y para perseguir el delito es condición necesaria, como veremos, que el deudor se encuentre en situación de insolvencia o haya sido declarado el concurso (art. 259.4 CP), situaciones que coinciden con la causación de la insolvencia, lo que significa que este precepto carece de sentido. En efecto, en los casos en que el deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente, no actual, en el momento de realizar los hechos, y con su conducta causa la insolvencia actual, se aplica este apartado; por su parte, si ya se encuentra en situación de insolvencia actual en el momento de realizar los hechos, y con su conducta agrava la insolvencia, no se aplica este apartado, sino el primero, que prevé la misma pena sin exigir la causación de la insolvencia. El apartado primero también se aplica en el improbable caso de que la conducta

27 Además, en el Preámbulo se indica que la norma «tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor» (apartado XVI), confirmando así la interpretación realizada en el texto. Vid. también ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación», cit., pág. 63.

realizada ni cause ni agrave la insolvencia, suponiendo simplemente un peligro de que esto ocurra<sup>28</sup>. Esta interpretación del tipo básico del delito de insolvencia fraudulenta como delito de peligro parece corresponderse con la del legislador, que en el Preámbulo señala que su intención es «facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa *y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico*, o son directamente causales de la situación de concurso» (cursivas añadidas).

En cualquier caso, no parece razonable esta insistencia en la insolvencia, reiterativa hasta el exceso, que hace que la misma situación sirva para delimitar el ámbito de sujetos activos, configurar un resultado más grave que, sin embargo, no da lugar a un tipo agravado<sup>29</sup> y limitar la perseguibilidad, como podremos comprobar más adelante.

## 5. El sorprendente castigo de la imprudencia

El art. 259 CP es uno de los poquísimos delitos económicos que admite el castigo de la imprudencia. Eso sí, sin especificar si grave o leve, aunque presumiblemente es grave<sup>30</sup>, ya que la imprudencia leve parece quedar extramuros del Código Penal en la reforma. Piénsese que se descriminalizan las faltas de homicidio por imprudencia leve y de lesiones constitutivas de delito cometidas por imprudencia leve, que se reconducen a la vía civil en la modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los arts. 1902 y ss. del Código Civil<sup>31</sup>.

En una primera lectura podría pensarse que se castigan modalidades de conducta imprudentes que no llegan a causar un resultado, que en las insolvencias fraudulentas consiste en causar o agravar la situación de insolvencia. Sin embargo, si tenemos en cuenta que se exige la efectiva insolvencia o la apertura del concurso para castigar el delito, podemos comprobar que en realidad solo se castigarán las conductas imprudentes que produzcan el resultado de causar o agravar la situación de insolvencia<sup>32</sup>.

Pese a la cláusula general que parece extender la posibilidad de castigar la modalidad imprudente a todas las conductas del precepto, resulta difícil castigar la imprudencia a muchas de ellas, que solo son concebibles como acciones u omisiones dolosas<sup>33</sup>. Las dudas que ya se plantean tendrán sin duda su reflejo en la jurisprudencia, con la inseguridad jurídica que ello provoca.

Por otra parte, hay una cierta descoordinación en las penas que se imponen por delito doloso y por delito imprudente. La del tipo básico doloso es acumulativa: prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses. El tipo agravado se castiga con una pena de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses. Por su

28 Califica este supuesto como más que extraño SOUTO GARCÍA, E. M., «Frustración», cit., pág. 813. Pone de manifiesto este considerable adelanto de las barreras de intervención penal, que llega a alcanzar a actuaciones que solo suponen un peligro abstracto de los derechos a la satisfacción patrimonial de los acreedores, GALÁN MUÑOZ, A., «Presente», cit., pág. 316. También el Informe del Consejo Fiscal, de 20 de diciembre de 2012, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, pág. 253.

29 Hasta el envío al Senado el art. 259.2 del Proyecto de 2013 decía lo siguiente: «Se impondrá una pena de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause o agrave su situación de insolvencia». Aquí sí que se configuraba como un tipo agravado. En el Senado se sustituyó por el texto actual.

30 Recordemos que la imprudencia grave se define habitualmente como la omisión de todas las precauciones o medidas de cuidado, o al menos una grave infracción de normas elementales de cuidado, que se concreta en una actuación con un elevado grado de peligro, incontrolable o controlable pero sin que el sujeto emplee ninguna o sólo muy escasas medidas de control. Para hablar de imprudencia grave tenemos que determinar, en primer lugar, cuáles son las normas de cuidado, y después precisar cuáles son las normas «elementales» de cuidado. Esta labor resulta especialmente ardua cuando las normas de cuidado no están extensamente reguladas en la normativa mercantil.

31 Vid. al respecto FARALDO CABANA, P., «La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* 3/2014, *pássim*.

32 De acuerdo, entre otros, SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «Insolvencias punibles», cit., pág. 760; SOUTO GARCÍA, E. M., «Frustración», cit., pág. 819.

33 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «Insolvencia», cit., pág. 1463; QUINTERO OLIVARES, G., «Insolvencias punibles», cit., pág. 735. En el mismo sentido el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pág. 214. El Informe del Consejo Fiscal, cit., págs. 254-255, propone especificar los apartados que se pueden cometer imprudentemente.

parte, la modalidad imprudente se castiga con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. En cuanto a la pena de prisión, resulta extraña esta superposición entre los límites, que lleva a que el tipo básico pueda sancionarse más que el agravado. También llama la atención que coincida la duración de la multa en ambos casos. Además, en la pena de la modalidad imprudente no se distingue según se trate del tipo básico o del agravado, lo que no se corresponde con el contenido de injusto de las respectivas figuras delictivas.

#### IV. LOS SUBTIPOS AGRAVADOS POR LA ENTIDAD DEL PERJUICIO O POR LA PROPORCIÓN DE CRÉDITOS CONCURSALES DE TITULARIDAD DE LA HACIENDA PÚBLICA O LA SEGURIDAD SOCIAL

El art. 259 *bis* CP prevé tres circunstancias agravantes aplicables a los hechos tipificados en el precedente art. 259 CP, imponiendo penas de prisión de dos a seis años y multa de 12 a 36 meses cuando concorra alguna de ellas. La falta de referencia a las penas que corresponde imponer en caso de tratarse de la modalidad imprudente lleva a concluir que las agravantes del art. 259 *bis* CP no son aplicables en caso de apreciarse imprudencia en la comisión de las conductas tipificadas en los apartados 1 y 2 del art. 259 CP. No sería proporcionado castigar de manera distinta el tipo básico según concorra dolo o imprudencia e imponer la misma pena en los dos casos cuando concorra alguna agravante. Conviene tener presente que la aplicación de las circunstancias agravantes supone no solo un aumento de la pena, sino también del plazo de prescripción del delito, que pasa a ser en estos casos de diez años.

Se trata de las siguientes circunstancias:

— Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.

Esta agravación coincide en parte con el delito de causación de la situación de insolvencia previsto en el art. 259.2 CP, pues cuando tal cosa ocurre se crea el peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante, generalmente para una pluralidad de personas. Como señala QUINTERO OLIVARES<sup>34</sup>, el procedimiento concursal suele afectar a una pluralidad de personas, siendo el caso de un acreedor único un supuesto casi de laboratorio.

— Cuando se causare a alguno de los acreedores de un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

Ciertamente aquí estamos ante un grave perjuicio, pero no necesariamente causado a un acreedor que quede en mala situación económica<sup>35</sup>. Por otra parte, la exigencia de perjuicio económico se compagina mal con el hecho de que los tipos básicos del art. 259 se construyen generalmente como tipos de peligro<sup>36</sup>.

— Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.

Ninguna justificación hay para agravar la pena porque más de la mitad del importe se deba a la Hacienda Pública, sea ésta estatal, autonómica, local o foral (¿por qué no la europea?), o a la Seguridad Social, que ya se ven muy privilegiadas en el régimen del alzamiento de bienes y gozan de múltiples privilegios en la legislación sectorial<sup>37</sup>. Como apunta QUINTERO OLIVARES<sup>38</sup>, lo que este precepto trasluce es la absurda idea de que perjudicar a ciudadanos es «menos grave». Piénsese, además, que la pena resulta desproporcionada con respecto a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en particular porque el delito de insolvencia fraudulenta carece de un umbral mínimo de relevancia penal, como son los 120.000 euros en aquellos delitos. Sin olvidar que en los delitos concursales no se prevé una causa de levantamiento de la pena por la regularización, de forma que el pago de la deuda antes de la condena da lugar como mucho a una circunstancia atenuante muy cualificada del art. 21.5 CP. Por otra parte, también se ha criticado que no se tenga en cuenta la cantidad total que el deudor

34 QUINTERO OLIVARES, G., «Insolvencias punibles», cit., pág. 735. Vid. también SOUTO GARCÍA, E. M., «Frustración», cit., pág. 820.

35 Lo que ha sido criticado, con razón, por QUINTERO OLIVARES, G., «Insolvencias punibles», cit., pág. 735.

36 Cfr. ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación», cit., pág. 65.

37 Cfr. ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación», cit., pág. 65.

38 QUINTERO OLIVARES, G., «Insolvencias punibles», cit., pág. 735.

debe a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social, sino el porcentaje de sus deudas que se corresponde con créditos públicos, lo que no parece adecuado<sup>39</sup>. Y que la protección de los créditos de titularidad pública sea más intensa en el caso del alzamiento de bienes, ya que en este delito la agravación se aplica siempre que el crédito frustrado sea público, mientras que en el que nos ocupa es necesario que al menos la mitad del importe de los créditos sea de titularidad pública<sup>40</sup>.

## V. LA LIMITACIÓN DE LA PERSEGUIBILIDAD A LOS CASOS EN QUE EL DEUDOR HAYA DEJADO DE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES EXIGIBLES O HAYA SIDO DECLARADO SU CONCURSO

La declaración del concurso ya no es el único requisito necesario para perseguir la conducta, como sucedía en la anterior versión del delito de insolvencia fraudulenta, pues se equipara a ella la situación de insolvencia real. Nada distinto significa la referencia al incumplimiento de las obligaciones. En efecto, según el art. 2.2 LC, «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», que es el presupuesto objetivo para la declaración del concurso.

¿Es razonable esta equiparación entre el estado de insolvencia y la declaración del concurso? Antes de la apertura del concurso las facultades patrimoniales del deudor no están limitadas. Solo la apertura del concurso supone el sometimiento del deudor a un procedimiento destinado a la protección de los intereses de los acreedores, cuya finalidad se ve frustrada con comportamientos como los que nos ocupan. Ahora bien, la normativa concursal prevé tanto acciones de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración como cualesquiera otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho (arts. 71 y ss. LC). De esta forma, se reconoce *a posteriori* una limitación de la libertad de actuación del deudor durante ese período, que presumiblemente coincide con aquel durante el cual se produce el estado de insolvencia. Por ello, la equiparación a efectos penales no parece inadecuada. Ahora bien, la importancia de la declaración formal del concurso y el período inmediatamente anterior justificaría, en principio, que la sanción de las insolvencias fraudulentas fuera superior a la del alzamiento de bienes, que se produce al margen del concurso. Sin embargo, tras la reforma de 2015 la pena del alzamiento es superior a la de las insolvencias fraudulentas (prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses frente a la misma pena de prisión y multa de 8 a 24 meses, respectivamente). Se introduce así un elemento distorsionador que dificulta la solución de los problemas concursales entre ambos delitos<sup>41</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este requisito, relativo a la necesidad de encontrarse en estado de insolvencia o que se haya declarado el concurso para poder perseguir el delito de insolvencia fraudulenta, la doctrina difiere. En lo que respecta a la declaración del concurso en la redacción del delito de insolvencia fraudulenta anterior a la reforma de 2015 (el art. 260 CP, vigente hasta el 1 de julio de 2015), un importante sector doctrinal estimaba que era condición objetiva de punibilidad<sup>42</sup>, pero algunos autores expresaban, con mayor o menor convicción, sus dudas sobre la caracterización dogmática de este elemento<sup>43</sup>, y otros aseguraban que dicha declaración constituía un auténtico presupuesto de procedibilidad<sup>44</sup>. En esta última dirección se manifestó una parte de la jurisprudencia<sup>45</sup>. Con esa redacción, anterior a la entrada en vigor de la reforma de 2015, es preferible entender que se trata de una condición objetiva de punibilidad que debe concurrir antes de que la situación de crisis económica sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre: no tiene que ser abarcada por el dolo del agente ni depender causalmente de él (piénsese que la declaración de concurso puede ser solicitada por cualquier acreedor legítimo, o por los socios, miembros o integrantes de una persona jurídica que sean personalmente responsables de las deudas de ésta, entre otros), y si bien se encuentra estre-

39 En este sentido, ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación», cit., pág. 65; SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «Insolvencias punibles», cit., pág. 761.

40 Cfr. SOUTO GARCÍA, E. M., «Frustración», cit., págs. 820-821.

41 Cfr. ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación», cit., pág. 63.

42 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, cit., pág. 401; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «Título XIII», cit., pág. 738; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte especial*, cit., págs. 124 y ss.; NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, cit., págs. 49 y ss.

43 Cfr. GÓMEZ PAVÓN, P., «Las insolvencias punibles en el Código penal actual», *Cuadernos de Política Criminal* núm. 64, 1998, págs. 52 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 190.

44 Así, QUINTERO OLIVARES, G., «La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales», *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. 2, 1998, págs. 114-115.

45 Por ej., SAP de Barcelona de 9 de febrero de 2000.

chamente ligada al hecho no contribuye a fundamentar su antijuridicidad<sup>46</sup>. De esta forma, con esa redacción sirve para restringir la punibilidad de la insolvencia fraudulenta, que sanciona con una pena más elevada la conducta consistente en causar la situación de crisis económica o la insolvencia cuando el comportamiento tiene lugar una vez que existe dicha declaración de concurso que si se produce fuera del procedimiento concursal. Y la razón, aunque cuestionada por algunos<sup>47</sup>, es fácil de entender: la apertura del concurso supone el sometimiento del deudor a un procedimiento destinado a la protección de los intereses de los acreedores, cuya finalidad se puede ver frustrada con comportamientos como los que nos ocupan.

Por su parte, con la redacción dada por la reforma de 2015, teniendo en cuenta que el conocimiento del agente debe abarcar la situación de insolvencia actual o inminente en que se encuentra, situación que no tiene por qué tener su origen en una actuación del agente, y que la pena del alzamiento de bienes es superior a la de la insolvencia fraudulenta, resulta preferible configurar este elemento como una condición de procedibilidad<sup>48</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

¿Merecen todas estas nuevas conductas una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses, que se eleva considerablemente en los subtipos agravados? La respuesta es rotundamente no, por varios motivos.

En primer lugar, no se producen solo en el marco de un procedimiento concursal, en el que la libertad de disposición y gestión económica del deudor está claramente limitada, sino también antes de su apertura, cuando el deudor se encuentra ya en situación de insolvencia, incapaz de hacer frente a sus obligaciones, según dispone el art. 259.4 CP. Ahora bien, antes de la apertura del concurso las conductas que suponen la ocultación fraudulenta de bienes del deudor ya se castigan como alzamiento de bienes, mientras que las acciones de reintegración permiten, una vez declarado el concurso, rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (art. 71 LC), lo que hace posible deshacer tanto las maniobras del deudor dirigidas a la disminución de su patrimonio en fraude de sus acreedores como los actos perjudiciales para su patrimonio fruto de una gestión arriesgada o negligente, aunque no fraudulenta.

En segundo lugar, buena parte de las conductas referidas a la contabilidad pueden castigarse actualmente como falsedad en documento mercantil o como falsedad societaria. Ello obligará a plantear los correspondientes concursos, con las consabidas discrepancias de opiniones a la hora de resolverlos.

En tercer lugar, la descripción de algunos comportamientos va acompañada de cláusulas valorativas de muy difícil concreción, como la venta por precio inferior al coste de adquisición o producción y la participación en negocios especulativos cuando ello carezca de justificación económica. Y en parte coinciden, de manera más o menos literal, con las que se recogen en los arts. 164 y 165 LC como determinantes de la calificación del concurso como culpable, lo cual ya conlleva graves consecuencias para el deudor, como la inhabilitación para administrar bienes ajenos o representar a terceros por tiempo de dos a quince años. La posibilidad de que coincidan sanciones penales y civiles sobre el mismo sujeto, tratándose del mismo hecho y fundamento, suscita el riesgo de que se produzca un *bis in idem*<sup>49</sup>. En la doctrina se ha propuesto que el juez penal tenga en cuenta la sanción impuesta

46 Vid. FARALDO CABANA, P., «Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal», *Estudios Penales y Criminológicos XXIV*, 2004, págs. 297 y ss.; SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2001.

47 Cfr. POLAINO NAVARRETE, M./ POLAINO-ORTS, M., «Injusto penal», cit., págs. 5046-5048.

48 En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Insolvencia», cit., pág. 1463; ESQUINAS VALVERDE, P., «La nueva regulación», cit., pág. 63; SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «Insolvencias punibles», cit., pág. 769.

49 Como apunta el Informe del Consejo Fiscal, cit., pág. 248. De acuerdo con el art. 172.2 LC, la sentencia que califique el concurso como culpable impondrá «la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos», además de «la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados».

en el procedimiento concursal, de manera que la pena resultante sea compatible con el principio de proporcionalidad<sup>50</sup>.

En cuarto lugar, se menciona en varias ocasiones un deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que no se encuentra positivado para deudores civiles, aunque sí, si bien de manera muy genérica, para los administradores de las sociedades de capital, que tienen el deber de comportarse con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal (arts. 225 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), además de múltiples obligaciones relativas a la contabilidad (arts. 25 y ss. CCom). El precepto debería limitarse a los empresarios<sup>51</sup>.

Además, la insolvencia se configura no solo como condición de procedibilidad, sino como elemento definidor del sujeto activo y resultado de la acción, una pluralidad de funciones que hace incomprensible el precepto.

Y para rematar el despropósito, se castiga la imprudencia.

Si a ello se añaden los difíciles problemas concursales que surgirán con relación a los delitos de alzamiento de bienes y administración desleal, la conclusión es que nada bueno cabe esperar de semejante redacción<sup>52</sup>.

---

50 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «Insolvencia», cit., pág. 1463.

51 Así, QUINTERO OLIVARES, G., «Insolvencias punibles», cit., pág. 734; SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «Insolvencias punibles», cit., pág. 741.

52 Muy críticos, vid., entre otros, GALÁN MUÑOZ, A., «Presente», cit., págs. 312 y ss.; SOUTO GARCÍA, E. M., «Frustración», cit., págs. 807 y ss.